

GE_GERICHTE AARP/76/2020 vom 24. Februar 2020

GE Cour de justice, 2020-02-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_AARP_76_2020

FR: GE_GERICHTE AARP/76/2020 du 24 février 2020

IT: GE_GERICHTE AARP/76/2020 del 24 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

L'appel est recevable pour avoir été interjeté et motivé selon la forme et dans les délais prescrits (art. 398 et 399 du Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0)).

La Chambre limite son examen aux violations décrites dans l'acte d'appel (art. 404 al. 1 CPP), sauf en cas de décisions illégales ou inéquitables (art. 404 al. 2 CPP).

E. 2.1

L'autorité de recours ne peut pas modifier une décision au détriment du prévenu ou du condamné si le recours a été interjeté uniquement en sa faveur (art. 391 al. 2 1ère phrase CPP). L'existence d'une reformatio in pejus doit être examinée à l'aune du dispositif. Le dispositif de la dernière décision en cause ne doit pas être modifié en défaveur du prévenu par le biais d'un verdict de culpabilité plus sévère ou par le prononcé d'une peine plus lourde que ceux résultant du dispositif de l'arrêt préalablement querellé. Il n'est toutefois pas interdit à l'autorité de recours de s'exprimer dans ses considérants sur la qualification juridique, lorsque l'autorité précédente s'est fondée sur un autre état de fait ou des considérations juridiques erronées (ATF 142 IV 129 consid. 4.5).

E. 2.2

En cas d'obtention illicite de prestations sociales, il existe trois niveaux d'infractions. Celui qui trompe astucieusement l'aide sociale sera sanctionné du chef d'escroquerie (art. 146 CP ; cf. infra consid. 2.3). Lorsque, sans adopter un comportement astucieux, l'auteur aura induit l'aide sociale en erreur ou aura conforté celle-ci dans l'erreur, il sera puni en vertu de l'art. 148a CP (cf. infra consid. 2.4). Les infractions mineures seront sanctionnées par le droit pénal cantonal en matière d'aide sociale (à Genève : art. 55 LIASI, cf. infra consid. 2.5).

E. 2.3

L'art. 146 CP réprime le comportement de celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers. L'escroquerie suppose, sur le plan objectif, que l'auteur ait usé de tromperie, que celle-ci ait été astucieuse, que l'auteur ait ainsi induit la victime en erreur ou l'ait confortée dans une erreur préexistante, que cette erreur ait déterminé la personne trompée à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers et que la victime ait subi un préjudice patrimonial (ATF 119 IV 210 consid. 3).

E. 2.3.1

L'infraction d'escroquerie se commet en principe par action. Tel est le cas lorsqu'elle est perpétrée par actes concluants. L'assuré qui, en vertu de l'art. 31 de la

- 9/22 - P/689/2018 loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), a l'obligation de communiquer toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation, ne respecte pas cette obligation et continue à percevoir les prestations allouées initialement à juste titre, n'adopte pas un comportement actif de tromperie. Il convient en revanche d'analyser la situation de façon différente lorsque la perception de prestations est accompagnée d'autres actions auxquelles on devrait objectivement attribuer la valeur d'une déclaration selon laquelle les conditions donnant droit à des prestations ne sont en rien modifiées. Tel sera le cas lorsque l'assuré ne répond pas ou pas de manière conforme à la vérité aux questions explicites de l'assureur destinées à établir l'existence de modification de la situation personnelle, médicale ou économique ; il n'est en effet plus question alors d'une escroquerie par omission, mais d'une tromperie active. Une escroquerie par actes concluants a également été retenue dans le cas d'un bénéficiaire de prestations d'assurance exclusivement accordées aux indigents, qui se borne à donner suite à la requête de l'autorité compétente tendant, en vue de réexaminer sa situation économique, à la production d'un extrait de compte déterminé, alors qu'il possède une fortune non négligeable sur un autre compte, jamais déclaré ou dans le cas d'une personne qui, dans sa demande de prestations complémentaires tait un mois de rente et plusieurs actifs et crée par les informations fournies l'impression que celles-ci correspondent à sa situation réelle (ATF 140 IV 11 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_99/2015 du 27 novembre 2015 consid. 3.2).

E. 2.3.2

Il y a tromperie astucieuse, au sens de l'art. 146 CP, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle (ATF 135 IV 76 consid. 5.2). En matière d'aide sociale, l'autorité agit de manière légère lorsqu'elle n'examine pas les pièces produites ou néglige de demander à celui qui requiert des prestations les documents nécessaires afin d'établir ses revenus et sa fortune, comme par exemple sa déclaration fiscale, une décision de taxation ou des extraits de ses comptes bancaires. En revanche, compte tenu du nombre de demandes d'aide sociale, une négligence ne peut être reprochée à l'autorité lorsque les pièces ne contiennent pas d'indice quant à des revenus ou à des éléments de fortune non déclarés ou qu'il est prévisible qu'elles n'en contiennent pas (arrêt du Tribunal fédéral 6B_99/2015 du 27 novembre 2015 consid. 3.3).

- 10/22 - P/689/2018 Constitue une astuce l'obtention de prestations de l'aide sociale sur la base d'indications inexacts ou incomplètes dont la vérification par l'office est difficile, telles que l'omission de présenter les relevés de compte dont l'existence est ignorée par l'office ou le fait de cacher les revenus accessoires d'un nouveau travail (ATF 127 IV 163 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_99/2015 du 27 novembre 2015 consid. 3.2 ; 6B_689/2010 du 25 octobre 2010 consid. 4 ; 6B_558/2009 du 26 octobre 2009 consid. 1.2).

E. 2.3.3

Lorsque l'acte litigieux consiste dans le versement par l'Etat de prestations prévues par la loi, il ne peut y avoir escroquerie consommée que si le fait sur lequel portait la tromperie astucieuse et l'erreur était propre, s'il avait été connu par l'Etat, à conduire à leur refus (arrêts du Tribunal fédéral 6B_183/2014 du 28 octobre 2014 consid. 3.3, non publié in ATF 140 IV 150 ; 6B_99/2015 du 27 novembre 2015 consid. 3.4).

E. 2.3.4

Sur le plan subjectif, l'escroquerie est une infraction intentionnelle (ATF 128 IV 18 consid. 3b). Conformément aux règles générales, l'intention doit porter sur l'ensemble des éléments constitutifs objectifs de l'infraction. Il faut en particulier que l'auteur ait eu l'intention de commettre une tromperie astucieuse. L'auteur doit en outre avoir agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, soit un avantage patrimonial correspondant au désavantage patrimonial constituant le dommage (ATF 134 IV 210 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1141/2017 du 7 juin 2018 consid. 1.2.2).

E. 2.4

L'art. 148a CP, entré en vigueur le 1er octobre 2016, punit quiconque par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte pour lui-même ou pour un tiers des prestations indues d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a al. 1 CP). L'art. 148a CP couvre les cas dans lesquels l'infraction d'escroquerie n'est pas réalisée, parce que l'auteur n'agit pas astucieusement. Sont ainsi comprises toutes les formes de tromperie, soit en principe lorsque l'auteur fournit des informations fausses ou incomplètes, dissimule sa situation financière ou personnelle réelle (p. ex. à propos de son état de santé), ou passe certains faits sous silence (cf. Message du Conseil fédéral concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire [Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels] du 26 juin 2013, FF 2013 5'432ss [Message du Conseil fédéral du 26 juin 2013]). Dans cette dernière hypothèse ("en passant sous silence"), l'art. 148a 2ème hyp. CP décrit une infraction d'omission proprement dite (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1015/2019 du 4 décembre 2019 consid. 4.5.2 ; Message du Conseil fédéral du 26 juin 2013, p. 5432).

- 11/22 - P/689/2018 Pour que l'infraction d'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale soit consommée, l'erreur dans laquelle la tromperie active ou passive a mis ou conforté l'aide sociale doit avoir déterminé celle-ci à verser des prestations indues à l'auteur ou à un tiers. La réalisation de l'infraction résulte de l'obtention de prestations d'une assurance sociale auxquelles la personne n'a pas droit. Les prestations doivent avoir été effectivement versées. La simple allocation est insuffisante (Message du Conseil fédéral du 26 juin 2013, p. 5433). Sur le plan subjectif, l'infraction est intentionnelle. Il faut d'une part que l'auteur sache, au moment des faits, qu'il induit l'aide sociale en erreur ou la conforte dans son erreur et, d'autre part, qu'il ait l'intention d'obtenir une prestation sociale à laquelle lui-même ou le tiers auquel il la destine n'a pas droit (Message du Conseil fédéral du 26 juin 2013, p. 5433).

E. 2.5

A moins qu'une peine plus sévère soit instaurée en vertu du CP, l'art. 55 LIASI prévoit la punissabilité de toute personne qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, obtient ou tente d'obtenir pour lui-même ou pour autrui, des prestations

d'aide financière indues. L'art. 33 al. 1 LIASI prévoit que le bénéficiaire de l'aide sociale ou son représentant légal doit immédiatement déclarer à l'HG tout fait nouveau de nature à entraîner la modification du montant des prestations d'aide financière qui lui sont allouées ou leur suppression.

E. 2.6

En l'espèce, l'HG a attiré l'attention de l'appelant sur son obligation de déclarer tout renseignement utile à l'évaluation de sa situation financière, notamment sur l'apport à son dossier des relevés de l'ensemble de ses comptes bancaires (par l'assistante sociale, dans le formulaire de demande et dans la lettre d'engagement lors du dépôt de la requête, puis en octobre et novembre 2016). Le formulaire précise expressément que "tous les comptes bancaires / postaux (y compris enfant(s))" doivent être déclarés. De même, le principe de subsidiarité des aides financières exceptionnelles de l'HG, en particularité par rapport aux autres aides étatiques, notamment les allocations familiales ou prestations d'assurances, a été expliqué à l'appelant lors du premier entretien avec l'assistante sociale de l'HG. Il ressort en effet des déclarations de celle-ci que ce principe est systématiquement expliqué au dépôt de la requête d'aide. Il n'y a pas lieu de douter de sa crédibilité, celle-ci ayant décrit une procédure bien établie, même si elle a admis ne pas se souvenir en particulier des époux A/B_____. En outre, la prise en compte du groupe familial et des ressources de chaque individu de celui-ci dans l'établissement de la situation financière, et partant du montant des aides, ressort expressément de la lettre d'engagement, mais aussi du formulaire de demande, lequel comporte des cases dédiées aux éventuelles ressources des enfants et conjoint du requérant (chiffre 10 "ressources des membres du groupe familial", lettre B "Autres revenus", chiffre 3. "Allocations familiales").

- 12/22 - P/689/2018 Alors même qu'il connaissait les impératifs de véracité de ses déclarations, que le principe de subsidiarité lui avait été expliqué et que son assistante sociale venait de l'interpeller à nouveau sur la perception des allocations familiales, l'appelant a tu l'ensemble des sommes perçues de la part du service des allocations familiales à compter du 25 janvier 2016, portant sur un total de CHF 34'277.- pour la période du 25 janvier 2016 au 30 juin 2017. Ces montants ont été versés sur un compte non déclaré à l'HG. Les explications données par l'appelant pour justifier de sa non- déclaration ne convainquent pas. Même s'il est exact que ce compte présentait fin 2014 un solde négatif, il appert des relevés de compte 2014 et antérieurs que l'appelant l'utilisait régulièrement. Il y percevait des indemnités d'assurance ou des prestations de services étatiques, notamment des allocations familiales, déposait de l'argent et effectuait des retraits, fonction de l'argent disponible. Partant, ce compte était central pour le reflet de la situation financière de la famille et devait de toute évidence être déclaré. De même, l'appelant n'a pas interpellé le service des allocations familiales à réception de la décision de versement, constatant que les sommes allaient être versées sur son compte C_____, alors même qu'il avait signé quelques mois auparavant un ordre de paiement en faveur de l'HG. De la sorte, la perception des aides de l'HG, non diminuées du montant des allocations familiales perçues, a été accompagnée d'un silence qualifié de l'appelant qui venait d'être interpellé par l'HG, dite interpellation l'ayant justement conduit au guichet du service des allocations familiales et partant au bénéfice de la décision du 21 janvier 2016 ; le prévenu a décidé de taire le versement desdites allocations et de ne pas signaler qu'elles étaient versées sur un compte non déclaré. Au vu de ce qui précède et du très bref écart de temps entre l'interpellation par l'assistante sociale et le versement de CHF 11'277.-, il n'est plus question d'une escroquerie

par omission mais bien d'une tromperie active commise par actes concluants, conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus (cf. supra consid. 2.2.1). L'HG a été trompé de manière astucieuse. Sur la base des informations fournies et dont elle pouvait attendre qu'elles soient correctes, l'institution a versé à l'appelant des prestations auxquelles il n'avait pas droit, lui permettant selon ce qu'estime l'HG, de s'enrichir de CHF 31'574.90. A cet égard, on relève que l'autorité a pleinement satisfait à son devoir de diligence. Elle a expressément attiré l'attention de l'appelant sur ses obligations, elle a renouvelé ses demandes de déclaration de l'ensemble des comptes bancaires et s'est enquis régulièrement de l'octroi d'allocations familiales. L'appelant ne conteste pas s'être enrichi, puisqu'il a reconnu devoir CHF 30'748.90 à l'HG. L'appelant ne saurait prétendre de bonne foi avoir pensé que les fonds crédités sur son compte C_____ par le service des allocations familiales n'avaient pas besoin

- 13/22 - P/689/2018 d'être déclarés parce qu'ils étaient destinés à ses enfants et ne pas avoir voulu s'enrichir en taisant la décision d'octroi et les versements successifs. Tant le formulaire de demande d'aide que la lettre d'engagement précisaient expressément que tout le groupe familial était concerné, y compris les enfants. En outre, le principe de subsidiarité avait été abordé et l'assistante sociale était revenue à la charge plusieurs fois quant au versement des allocations familiales, conduisant finalement en 2017 à la dénonciation de la situation. Il est par ailleurs établi que l'appelant a effectué des prélèvements réguliers sur le compte C_____. Enfin, puisqu'il venait d'être interpellé à ce sujet, il eût été facile à l'appelant d'informer l'HG de la perception sur son compte des allocations familiales, s'il était effectivement aussi convaincu de son bon droit et n'avait aucune volonté de tromper astucieusement l'institution. L'appelant a donc agi intentionnellement. Au vu de ce qui précède, les éléments constitutifs de l'escroquerie étant réunis, celle-ci est réalisée (art. 146 CP).

E. 2.7

Cela étant, la CPAR constate que : - l'astuce n'est ni décrite ni même mentionnée dans l'acte d'accusation – qui renvoyait de fait l'accusé en jugement pour infraction à l'art. 148a CP. Dans le respect du principe d'accusation (art. 9 et 325 CPP), l'infraction d'escroquerie ne peut dès lors être retenue et le jugement ne sera pas confirmé sur ce point ; - aux termes du dispositif du jugement entrepris, A_____ est déclaré coupable d'infraction à l'art. 55 LIASI pour les faits commis entre le 1er juin 2016 et le 23 mai 2017 et d'escroquerie s'agissant des actes effectués entre le 24 mai 2017 et le 30 juin 2017. La procédure a été classée pour la première partie de la période pénale retenue par l'acte d'accusation (soit entre le 1er mars 2015 et le 30 mai 2016), en application des règles sur la prescription en matière de contravention (art. 109 CP). Partant, liée par l'interdiction de la reformatio in pejus, la CPAR confirmera le dispositif du jugement entrepris en lien avec les faits dénoncés par l'HG sauf en ce qui concerne le verdict de culpabilité pour la période pénale du 24 mai au 30 juin 2017, période pour laquelle l'appelant sera reconnu coupable d'obtention illicite de prestations de l'aide sociale (art. 148a CP) et non d'escroquerie puisque la CPAR est liée par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation. En effet, tous les éléments constitutifs de l'art. 148a CP sont réalisés, les développements qui précèdent étant valables mutatis mutandis. En particulier, le 24 mai 2017, sur question précise de son assistante sociale, l'appelant a déclaré faussement que la demande d'allocations familiales était toujours en cours. De la sorte, il a sciemment trompé l'HG, tout en maintenant celui-ci dans l'erreur quant à la situation financière de la famille, alors

- 14/22 - P/689/2018 qu'il percevait depuis près d'une année et demie des allocations familiales pour ses trois enfants. En définitive, l'appelant sera reconnu coupable d'infraction à l'art. 55 LIASI pour la période du 1er juin 2016 au 23 mai 2017 et d'obtention illicite de prestations de l'aide sociale entre le 24 mai 2017 et le 30 juin suivant (art. 148a al.1 CP).

E. 2.8

Le verdict de culpabilité d'infraction de séjour illégal n'est pas contesté. L'appelant a reconnu avoir séjourné illégalement en Suisse depuis le 26 mars 2015 jusqu'au 18 février 2019. Le jugement entrepris sera confirmé sur ce point.

E. 3.1

L'obtention illicite de prestations de l'aide sociale et le séjour illégal sont sanctionnés d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire (art. 148a CP et art. 115 al. 1 let. b LEI). L'art. 55 LIASI réprime l'auteur par une contravention.

E. 3.2

Selon l'art. 47 CP, le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur. Il prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'effet de la peine sur son avenir (al. 1). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (al. 2). La culpabilité de l'auteur doit être évaluée en fonction de tous les éléments objectifs pertinents, qui ont trait à l'acte lui-même, à savoir notamment la gravité de la lésion, le caractère répréhensible de l'acte et son mode d'exécution (objektive Tatkomponente). Du point de vue subjectif, sont pris en compte l'intensité de la volonté délictuelle ainsi que les motivations et les buts de l'auteur (subjektive Tatkomponente). A ces composantes de la culpabilité, il faut ajouter les facteurs liés à l'auteur lui-même (Täterkomponente), à savoir les antécédents (judiciaires et non judiciaires), la réputation, la situation personnelle (état de santé, âge, obligations familiales, situation professionnelle, risque de récidive, etc.), la vulnérabilité face à la peine, de même que le comportement après l'acte et au cours de la procédure pénale (ATF 142 IV 137 consid. 9.1 ; ATF 141 IV 61 consid. 6.1.1 ; ATF 136 IV 55 consid. 5 ; ATF 134 IV 17 consid. 2.1 ; ATF 129 IV 6 consid. 6.1). L'art. 47 CP confère un large pouvoir d'appréciation au juge (ATF 136 IV 55 consid. 5.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 6B_798/2017 du 14 mars 2018 consid. 2.1 ; 6B_718/2017 du 17 janvier 2018 consid. 3.1 ; 6B_1428/2016 du 3 octobre 2017 consid. 4.1 ; 6B_326/2016 du 22 mars 2017 consid. 4.1).

E. 3.3

D'après l'art. 49 al. 1 CP, si, en raison d'un ou de plusieurs actes, l'auteur remplit les conditions de plusieurs peines de même genre, le juge le condamne à la peine de

- 15/22 - P/689/2018 l'infraction la plus grave et l'augmente dans une juste proportion. Il y a plusieurs peines identiques lorsque le tribunal prononce dans le cas d'espèce, pour chaque norme violée, des peines du même genre (méthode concrète) (ATF 138 IV 120 consid. 5.2).

E. 3.4

La faute de l'appelant est importante. Il a sciemment trompé l'HG, dont la mission est de venir en aide aux plus démunis, de façon à obtenir de l'institution des prestations indues

substantielles. Il a agi sur une période pénale relativement longue en tenant compte globalement du délit et de la contravention en la matière, seuls les contrôles de la dupe ayant mis fin à ses agissements, en faisant fi des conditions d'octroi, en particulier du principe de subsidiarité, dont il avait connaissance. Il séjourne illégalement en Suisse depuis de nombreuses années, la période pénale va du 26 mars 2015 au 18 février 2019. La précédente condamnation pour séjour illégal tout comme les décisions de renvoi prononcées à son encontre ne l'ont pas incité à quitter la Suisse. Il n'a entrepris aucune démarche afin de rentrer dans son pays d'origine. Sa collaboration à la procédure, de même que sa prise de conscience, ne peuvent être jugées bonnes, l'appelant persistant à contester le caractère pénal de ses agissements. Sa situation personnelle, certes précaire, ne saurait justifier ses agissements. L'appelant a déjà été condamné pour escroquerie et pour séjour illégal. Compte tenu de ce qui précède, une peine pécuniaire ferme de 120 jours-amende (80 jours-amende pour le séjour illégal et 40 jours-amende pour le délit d'obtention illicite de prestations indues de l'aide sociale pour la période du 24 mai 2017 au 30 mai suivant) à CHF 20.- l'unité, sanctionne de manière appropriée la faute commise et tient compte de la situation financière de l'appelant. Vu l'antécédent de l'appelant et son absence de prise de conscience, la CPAR retiendra un risque de récidive et l'existence d'un pronostic défavorable. Pour ces raisons, les perspectives de succès d'une mise à l'épreuve sont vouées à l'échec et le prononcé d'une peine ferme s'impose. Non contestés en cas de confirmation du verdict de culpabilité, la renonciation à la révocation du sursis octroyé le 25 mars 2015, l'avertissement adressé à l'appelant et la prolongation de son délai d'épreuve d'un an seront confirmés, apparaissant adéquats au vu des circonstances du cas d'espèce. La contravention de CHF 600.- en lien avec l'infraction à l'art. 55 LIASI est également acquise, bien que faible vu la période pénale et le montant en cause.

- 16/22 - P/689/2018 Partant, le jugement entrepris sera confirmé sur ces points.

E. 4.1

Conformément à l'art. 66a al. 1 let. e CP, le juge expulse un étranger du territoire suisse pour une durée de cinq à quinze ans s'il est reconnu coupable d'escroquerie (art. 146 al. 1 CP) à une assurance sociale ou à l'aide sociales, obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale (art. 148a al. 1 CP) quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre. A teneur de l'alinéa 2, le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. A cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse. L'art. 66a al. 2 CP définit une "Kannvorschrift", en ce sens que le juge n'a pas l'obligation de renoncer à l'expulsion, mais peut le faire si les conditions fixées par cette disposition sont remplies. Ces conditions sont cumulatives. Le fait que la clause de rigueur soit une norme potestative ne signifie pas que le juge pénal pourrait librement décider d'appliquer ou non l'exception de l'art. 66a al. 2 CP. Le juge doit faire usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par une norme potestative dans le respect des principes constitutionnels. S'il devait refuser de renoncer à l'expulsion alors que les conditions de la clause de rigueur sont remplies, le principe de proportionnalité ancré à l'art. 5 al. 2 Cst. serait violé. Le juge doit ainsi renoncer à l'expulsion lorsque les conditions de l'art. 66a al. 2 CP sont réunies, conformément au principe de proportionnalité (ATF 144 IV 332 consid. 3.3). 4.2.1. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par une "situation personnelle grave" (première condition cumulative) ni

n'indique les critères à prendre en compte dans la pesée des intérêts (seconde condition cumulative). En recourant à la notion de cas de rigueur à l'art. 66a al. 2 CP, le législateur a fait usage d'un concept ancré depuis longtemps dans le droit des étrangers (cf. art. 30 al. 1 let. b ou 50 al. 1 let. b et 84 al. 5 LEI, ainsi que l'art. 14 de la loi sur l'asile [LAsi ; RS 142.31]). Compte tenu également du lien étroit entre l'expulsion pénale et les mesures du droit des étrangers, il est justifié de s'inspirer, de manière générale, des critères prévus par l'art. 31 al. 1 de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) et de la jurisprudence y relative, dans le cadre de l'application de l'art. 66a al. 2 CP. L'art. 31 al. 1 OASA prévoit qu'une autorisation de séjour peut être octroyée dans les cas individuels d'extrême gravité. Elle commande de tenir compte notamment de l'intégration du requérant, du respect de l'ordre juridique suisse par le requérant, de la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants, de la situation financière ainsi que de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, de la durée de la présence en Suisse, de l'état de santé ainsi que des possibilités de réintégration dans l'Etat de provenance. Comme la liste de l'art. 31 al. 1 OASA n'est pas exhaustive et que l'expulsion relève du droit pénal, le juge devra également, dans

- 17/22 - P/689/2018 l'examen du cas de rigueur, tenir compte des perspectives de réinsertion sociale du condamné (ATF 144 IV 332 consid. 3.3.1 et 3.3.2). 4.2.2. En règle générale, il convient d'admettre l'existence d'un cas de rigueur au sens de l'art. 66a al. 2 CP lorsque l'expulsion constituerait, pour l'intéressé, une ingérence d'une certaine importance dans son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par la Constitution fédérale (art. 13 la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101]) et par le droit international, en particulier l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS 0.101 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_1192/2018 du 23 janvier 2019 consid. 2.1.2 et références citées). La reconnaissance d'un cas de rigueur ne se résume pas à la simple constatation des potentielles conditions de vie dans le pays d'origine ou du moins la comparaison entre les conditions de vie en Suisse et dans le pays d'origine, mais aussi à la prise en considération des éléments de la culpabilité ou de l'acte (M. BUSSLINGER / P. UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, cahier spécial, Plaidoyer 5/2016, p. 101 ; G. FIOLKA / L. VETTERLI, Die Landesverweisung in Art. 66a ff StGB als strafrechtliche Sanktion, cahier spécial, Plaidoyer 5/2016, p. 87 ; AARP/185/2017 du 2 juin 2017 consid. 2.2). 4.2.3. L'étranger qui se trouve sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peut en principe revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un Etat afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres fournis par l'Etat de renvoi. Une expulsion peut cependant violer l'art. 3 CEDH notamment s'il existe des motifs sérieux de croire que l'intéressé, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses, ou à une réduction significative de son espérance de vie (arrêt du Tribunal fédéral 6B_1117/2018 du 11 janvier 2019, consid. 2.3.3). 4.2.4. Pour se prévaloir du respect au droit de sa vie privée au sens de l'art. 8 § 1 CEDH, l'étranger doit établir l'existence de liens sociaux et professionnels spécialement intenses avec la Suisse, notamment supérieurs à ceux qui résultent d'une intégration ordinaire. Le Tribunal fédéral n'adopte pas une approche schématique qui consisterait à présumer, à partir d'une certaine durée de séjour en Suisse, que l'étranger y est

enraciné et dispose de ce fait d'un droit de présence dans le pays. Il procède bien plutôt à une pesée des intérêts en présence, en considérant la durée du séjour comme un élément parmi d'autres et en n'accordant qu'un faible poids aux années passées en Suisse dans l'illégalité, en prison ou au bénéfice d'une simple tolérance (ATF 134 II 10 consid. 4.3 ; arrêts 6B_143/2019 du 6 mars 2019, consid.3.3.2 et 6B_1329/2018 du 14 février 2019 consid. 2.3.2.).

- 18/22 - P/689/2018 4.2.5. Un étranger peut se prévaloir de l'art. 8 par. 1 CEDH (et de l'art. 13 Cst.) pour s'opposer à l'éventuelle séparation de sa famille, pour autant qu'il entretienne une relation étroite et effective avec une personne de sa famille ayant le droit de résider durablement en Suisse (ATF 144 I 1 consid. 6.1). La présence d'une famille en Suisse, soit d'une épouse/concubine et d'un enfant, ne peut, à elle seule, commander l'application automatique de la clause de rigueur (arrêt du Tribunal fédéral 6B_143/2019 du 6 mars 2019 consid. 3.4.2).

E. 4.3

En l'espèce, l'appelant se prévaut essentiellement de sa relation avec son épouse et ses enfants, ainsi que de son état de santé. Or, sa famille est elle-même sous le coup d'une décision de renvoi de Suisse en force et n'y réside que par tolérance administrative, en lien avec une nouvelle demande d'autorisation de séjour. L'appelant ne semble pas avoir développé de réseau social en Suisse. Bien qu'il ait travaillé – sans autorisation – jusqu'à son accident de travail survenu en 2018, sa famille était aidée par l'aide sociale depuis début 2015. Désormais, celle-ci vit des maigres revenus de son épouse et de l'aide de proches. Un tel séjour ne peut être qualifié de "droit de résider durablement en Suisse" au sens de la jurisprudence et de l'art. 8 CEDH. L'état de santé de l'appelant s'est apparemment aggravé depuis son accident. Cela étant, selon son médecin traitant, il souffre de douleurs chroniques persistantes, en particulier dans l'épaule droite, lesquelles sont traitées par médicaments. Il en est de même des hernies et de la protrusion soulagées par voie anti-inflammatoire. Il ne semble pas être suivi sur le plan psychologique ou psychiatrique. Il a eu une consultation neurologique mais celle-ci avait pour objectif de déterminer si une opération était à envisager, ce qui a été exclu. Partant, rien n'indique que l'appelant ne pourra pas poursuivre son traitement au Kosovo. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, l'appelant ne se trouve pas dans une situation personnelle grave et les intérêts publics à l'expulsion, compte tenu des infractions commises, l'emportent sur l'intérêt privé de celui-ci à demeurer en Suisse. Il apparaît ainsi manifeste qu'aucune des conditions d'application de la clause de rigueur n'est réalisée en l'espèce, l'appelant ne pouvant ni se prévaloir d'une intégration en Suisse, ni de liens suffisamment forts avec des personnes autorisées à y résider. L'appelant soutient en vain que ses chances de réinsertion et le traitement de son état de santé seraient inexistantes au Kosovo. Il faut au contraire retenir qu'ils seront à tout le moins aussi bons qu'en Suisse, pays dans lequel il n'a pas développé d'attache au-delà de sa famille proche et ne dispose pas de meilleures perspectives professionnelles.

- 19/22 - P/689/2018 En l'absence de réalisation des conditions de la clause de rigueur, aucun examen de la proportionnalité n'est nécessaire. Ce nonobstant, la CPAR relève encore que le Kosovo, pays d'origine de l'appelant, est désigné par le Secrétariat d'état aux migrations comme un état de provenance sûr au sens de l'art. 6a LAsi (cf. annexe 2 de l'Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 [OAI ; RS 142.311]). Infondé, l'appel doit être rejeté et l'expulsion de l'appelant pour une durée de cinq ans

confirmée.

E. 5.1

L'appelant, qui succombe pour l'essentiel, supportera les frais de la procédure envers l'Etat (art. 428 CPP), qui comprennent un émolument de décision de CHF 1'500.-.

E. 5.2

Au vu de ce qui précède, en particulier de la confirmation du verdict de culpabilité, la répartition des frais de première instance ne sera pas revue (art. 428 al. 3 CPP).

E. 6

Compte tenu de l'issue de l'appel, l'appelant sera débouté de ses conclusions en indemnisation pour la procédure préliminaire, de première instance et en appel (art. 429 CPP a contrario).

* * * * *

- 20/22 - P/689/2018

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.